

## **AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO**

---

**JOSÉ AUGUSTO DELGADO\***

*Diretor do Foro da Seção Judiciária do  
Estado do Rio Grande do Norte*

1. É um assunto que será tratado, unicamente, através das suas linhas mestras, tendo em vista que a investigação sobre os seus vários ângulos não pode ser satisfatoriamente em alguns minutos de uma palestra.

A ação de restituição de indébito tributário ou de repetição de indébito é cabível quando o contribuinte paga indevidamente qualquer tributo.

Ela se sustenta no campo da ética jurídica, no fundamento de que a ninguém é permitido se enriquecer sem justa causa. A máxima é um princípio geral de direito conhecido como o da impossibilidade do enriquecimento sem justa causa.

A regra regulamentadora do pagamento indevido se encontra no artigo 165 do CTN, que concede direito ao sujeito passivo de pedir a restituição do tributo pago indevidamente, independentemente de ter havido prévio protesto.

Há um segundo fundamento que inspira a ação questionada e que foi, de modo muito feliz, sintonizado por Hugo de Brito Machado, em seu livro *Curso de Direito Tributário*, pág. 103, ao afirmar:

o tributo decorre da lei e não da vontade, sendo isto mesmo irrelevante o fato de haver sido pago voluntariamente. Na verdade, o pagamento do tributo só é voluntário no sentido da inoccorrência de atos objetivando compelir alguém a fazê-lo. Mas é óbvio que o devedor do tributo não tem alternativas. Está obrigado por lei a fazer o pagamento.

Desnecessário seria registrar o segundo fundamento, se o nosso direito privado não caminhasse diferentemente.

Este exige para a restituição do que se pagou indevidamente, que se prove que o fez por erro (C. Civil, art. 965).

**2.** O rito da ação de repetição de indébito é o ordinário. Poderá adotar a forma do procedimento sumaríssimo, se o valor da causa for igual ou inferior a 20 vezes o salário-referência maior vigente no País.

O prazo prescricional que incide sobre a ação é de cinco anos, contados, quer da data da extinção do crédito tributário, quer da data em que se tornar definitiva a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória (CTN, art. 168). No tocante, ainda, ao problema da prescrição, merece ser lembrado o artigo 169 do CTN, que disciplina:

Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denega a restituição.

Parágrafo único. O prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada.

**3.** As hipóteses que permitem a procedência da ação de repetição de indébito estão catalogadas no artigo 165 do CTN, a saber:

a) cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorridas;

b) erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

c) reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

4. No artigo 166 do CTN, encontra-se estipulado que "a restituição de tributos que comporte, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la". Cuida-se, aí, dos chamados tributos indiretos. O CTN não adotou a classificação dos tributos em diretos e indiretos. Isto é matéria para a Ciência das Finanças. Entretanto, resta fixar que o tributo é direto, quando o respectivo ônus financeiro é suportado pelo próprio contribuinte; e indireto, quando esse ônus é transferido para terceiros (ver Hugo de Brito Machado, ob. cit., pág. 105).

Temos, assim, que a preocupação que deve ter o autor, quando pleitear a restituição de tributos indiretos é de provar que assumiu o referido encargo ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, se encontrar por este expressamente autorizado a recebê-lo.

5. Assumindo o problema da prescrição de cinco anos para ser pleiteada a restituição, devemos lembrar que alguns autores entendem que tal prazo é de decadência, o que fazem com uma forte dose de convencimento. Assim afirmamos, em face do conteúdo existente no artigo 168 do CTN:

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I — Na hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II — na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Trata-se, não há dúvida, de extinção de direito por decurso de prazo. É decadência: instituto que atinge diretamente o direito e por via oblíqua, ou reflexa, extingue a ação. Diferente de prescrição: atinge diretamente a ação e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado.

**6.** Cabe correção monetária a ser paga pelo poder público na devolução do tributo? Não há lei expressa regulando a matéria. Entretanto, a jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos é tranqüila ao concedê-la, ao ponto de hoje o assunto se encontrar sumulado. A Súmula 46 do TFR dispõe que:

"Nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do depósito ou do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada" (DJ, de 14-10-80, pág. 8.144). Como referência da Súmula citada, temos o seguinte:

- . Lei n. 4.357/64, art. 7º.
- . EAC. 42.641-SP (TP. 10-6-80 — DJ, 6-8-80).
- . ÉREO. 38.253-SP (TP. 14-12-79 — DJ, 6-8-80).
- . EAC. 26-412-RJ 2ª S. 2-9-80).
- . RR. 1.475-SP (2ª S. 26-8-80).
- . EAC. 39.502-SP (2ª S. 19-8-80).
- . EAC. 35.972-RJ (2ª S. 12-8-80).
- . EAC. 43.176-SP (2ª S. 19-8-80).
- . RR. 1.574-SP (2ª S. 19-8-80).
- . EAC. 40.890-SP (2ª S. 19-8-80).
- . EAC. 37.206-SP (2ª S. 12-8-80).

Não há possibilidade de se questionar a origem do instituto de renúncia ao poder de recorrer à esfera administrativa, por ausência de tempo.

O nosso propósito é examinar o assunto ao sabor do artigo 39 da Lei 6.830, de 22-9-80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências.

O artigo 39, parágrafo único, da Lei acima citada, é formado com as regras do teor seguinte:

Art. 39. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória ou ato declarativo da dívida, esta precedida de depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros de mora e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

O assunto foi um dos que melhor foi colocado pelo legislador da Lei sobre Cobrança Judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública. Na verdade, o parágrafo único consagrou o entendimento firmado no contencioso administrativo de que a preferência pela discussão judicial imposta em renúncia a qualquer decisão de ordem administrativa. Na justificativa ao projeto que se transformou na lei mencionada, o Exmo. Sr. Ministro da Justiça defendeu o referido parágrafo com as seguintes razões:

De fato, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior ou autônoma. Superior, porque pode rever, para cassar ou anular o ato administrativo.

Autônoma, porque a parte não está obrigada a percorrer, antes, as instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.

Não há, a nosso ver, nenhum vício no referido parágrafo, entendendo que ele se encontra em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro e que tem uma finalidade muito salutar, que é a de evitar decisões conflitantes entre o Poder Judiciário e a órbita administrativa.

Ressalte-se que o parágrafo único só se refere às ações que estão catalogadas no "*caput*" do art. 39 e que são: mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida. Não é o caso de ter havido embargos à penhora, pois, nesta situação, as atribuições administrativas já se esgotaram e a questão enveredou pela chamada coisa julgada administrativa.